

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

PRISÃO CIVIL: O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E OS
CASOS BRASILEIROS

ARTHUR PIMENTEL DIOGO

RIO DE JANEIRO
2008

ARTHUR PIMENTEL DIOGO

PRISÃO CIVIL: O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E OS
CASOS BRASILEIROS

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Cíntia Muniz de Souza

RIO DE JANEIRO

2008

DIOGO, Arthur Pimentel.

Prisão Civil: O Pacto de São José da Costa Rica e os casos brasileiros / Arthur Pimentel Diogo. – 2008.
61 f.

Orientadora: Cíntia Muniz de Souza.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 60-61

1. Prisão civil - Monografias. 2. Pacto de São José da Costa Rica. I. Camargo, Margarida. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 342.119

CDU 347.191

ARTHUR PIMENTEL DIOGO

PRISÃO CIVIL: O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E OS
CASOS BRASILEIROS

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Cíntia Muniz de Souza – Presidente da Banca Examinadora
Profª. da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ – Orientadora

2º Examinador

3º Examinador

A Deus, que me protege todos os dias, me ajudando a ultrapassar todos os obstáculos que aparecem em minha vida.

Aos meus pais, Celso e Leila que foram firmes na minha educação, moral, intelectual, social e religiosa, a quem eu amo tanto e sem os quais eu não estaria aqui.

Aos meus irmãos Victor e Lucas, duas pedras preciosas, com os quais eu pude e posso contar sempre que precisar.

À minha orientadora, Prof^a Cíntia Muniz de Souza, que aturou com paciência impar todas as minhas dificuldades, por poder ser minha amiga em tão pouco tempo e se mostrar uma pessoa de caráter excepcional e um futuro brilhante.

AGRADECIMENTOS

A todos que de forma especial me incentivaram e ajudaram na construção deste trabalho e aos amigos Leonardo, Élson, Eduardo Bolsonaro, Rafael Pepe, Antônio Rafael, Tarcídio e todos da FND que, junto comigo, trilharam o melhor caminho acadêmico.

RESUMO

DIOGO, A. P. *Prisão Civil. O Pacto de São José da Costa Rica e os casos brasileiros* 2008. 69f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Apresenta-se o instituto da prisão civil no Brasil, seus casos, doutrina e jurisprudências. Em seus pontos controversos, como o cabimento da prisão civil, nos casos do depositário infiel e do alienador fiduciário em garantia, são abordados temas relevantes de direito internacional de proteção aos direitos humanos, que incorporados ao nosso ordenamento jurídico interno, inclusive após a vigência da EC 45/04, dão base e fundamento da prevalência deles em prol da liberdade e dignidade humana.

Palavras-Chave: Prisão Civil; Tratados Internacionais; Pacto de São José da Costa Rica.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

Um dos traços marcantes da nossa atual Constituição Federal é, com certeza, a preocupação com a defesa dos direitos humanos, direito de todos aqueles que compõem a nossa sociedade, e os têm esculpidos, principalmente no artigo 5º da Carta Magna.

Essa preocupação se faz presente e justificada, de forma mais clara ainda, se formos analisar o contexto no qual se insere a edição da atual Constituição. Promulgada após o repúdio de um regime ditatorial, ela nasce baseada em alguns pilares de sustentação como a proteção às garantias fundamentais dos cidadãos e aos direitos humanos.

O direito a ser discutido no presente trabalho refere-se exatamente à aplicação da prisão civil a um cidadão, por este ser considerado um depositário infiel, um inadimplente contratual, conforme disposto no artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal: *“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”*.

Não haveria o que se discutir aqui, se a única disposição encontrada em nosso ordenamento jurídico, acerca da prisão civil, fosse somente essa. Porém, mesmo havendo em nossa legislação, uma previsão constitucional permitindo sua aplicação, acaba-se por criar uma contradição, por ser a nossa Constituição defensora expressa da prevalência dos direitos humanos sobre todos os demais direitos, tendo inclusive recepcionado em seu texto, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e o Pacto de São José da Costa Rica.

Assim diz o art.7º do Pacto de São José da Costa Rica: *“ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”*

Tendo o Brasil firmado esses compromissos internacionais, fica evidenciado o respeito aos direitos humanos como pedra fundamental para a estruturação de uma sociedade mais justa. Dessa forma, o Brasil insere-se como mais um Estado a vincular suas ações internas a documentos internacionais, no que diz respeito à defesa dos direitos humanos, tendo elevado-os a preceitos constitucionais, sem ofensa à soberania nacional.

Um Estado signatário que, por ventura, venha a infringir um tratado internacional, inevitavelmente trará consigo um perfil negativo, pois não cumpriu com o acordo estabelecido. Fica com a imagem maculada e a participação em acordos posteriores não será efetivada com a mesma credibilidade.

Como vemos, ressalta aos olhos a existência de uma cláusula internacional e supranacional, que por si só põe em dúvida a razoabilidade da prisão civil do depositário infiel.

Afinal, o que temos de seguir, ou aplicar, na hipótese do depositário infiel e seus equiparados? Como o texto desses tratados internacionais de direitos humanos é recepcionado pela nossa Constituição? Veremos que não cabe a prisão civil do depositário infiel e discutiremos se a receptividade desses tratados tem natureza supraconstitucional, constitucional, status de lei ordinária, ou natureza supralegal.

Deixando claro, desde já, que os tratados internacionais de direitos humanos possuem um regime jurídico de recepção diferente dos demais tratados internacionais em geral. Sendo estes recebidos como leis ordinárias, submetendo-se à Constituição, e aqueles, mais importantes, com status hierárquico de norma constitucional, devido ao disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da CF.

Logo, mesmo havendo em nossa Carta Magna dispositivos que permitam referida prisão, acaba-se por criar uma contradição, pois a mesma defende a prevalência dos direitos humanos, positivando, assim, valores internacionais que são introduzidos no ordenamento jurídico positivo brasileiro.

Este é, aliás, um dos pontos a serem abordados. A forma como os referidos pactos foram recebidos em nossa Constituição e inseridos na mesma, sua aplicação em nosso Direito e a interpretação da lei mais benéfica, no caso de contradição.

A apresentação se dará da seguinte forma: primeiramente, se fará uma breve apresentação do contrato de depósito e a equiparação à alienação fiduciária em garantia, com os pontos e características principais de cada um. Após, a prisão civil por dívida no Brasil terá seu histórico percorrido, para que se possa ter uma idéia da complexidade e evolução do tema, e as suas hipóteses previstas na Constituição serão apresentadas, diferenciando o devedor de alimentos do depositário infiel.

Em seguida, as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca da prisão civil por dívida serão discutidas analisando a aplicação do princípio da proporcionalidade, com a proibição de excesso na sua adequação, necessidade e em seu sentido estrito, a natureza jurídica dos tratados e convenções internacionais antes e depois da Emenda Constitucional 45/04, e a mudança no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, com relação ao depositário infiel e o devedor inescusável de pensão alimentícia.

Depois de discutida toda a questão, restará a conclusão, apresentando os pontos controversos atacados, as posições defendidas e a idéia de que não temos aparato legal para aceitarmos a prisão daquele depositário infiel, previsto em nossa Constituição.

Todo esse estudo será baseado em releituras das leis nacionais e dos tratados internacionais relacionados, concomitantemente à análise da doutrina e jurisprudência em seus pontos controvertidos, para que possamos de forma clara e objetiva, demonstrar a ilegalidade da prisão do depositário infiel, por ter a proteção aos direitos humanos prevalecido sobre os outros direitos, no âmbito da Carta Magna de 1988.

2. DO CONTRATO DE DEPÓSITO E DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.

2.1. Do contrato de Depósito.

Importante se faz chamar atenção para as dificuldades, tanto jurisprudenciais, quanto doutrinárias de distinguir o depositário, figura deste tipo de contrato, do devedor fiduciante na alienação fiduciária dada como garantia.

Muito embora haja muita confusão com relação aos dois institutos, se fazem presentes também características que os distinguem. A alienação fiduciária em garantia, por exemplo, não é um depósito, mas sim um acréscimo de garantia em benefício do credor, de cunho meramente econômico.

Entretanto, o Decreto-lei 911/69 alterou o art. 66 da Lei 4728/65, gerando uma confusão sem tamanho para os leigos, aplicando-se a pena da prisão civil ao devedor fiduciante, por causa da remissão legal ao depositário genuíno.¹

No Direito brasileiro temos três espécies de depósito: a) o civil, disposto no art. 627 do CC/02; b) o mercantil, aquele de origem relativa ao comércio, art. 628 do CC/02; e c) o judicial, oriundo de determinação do Poder Judiciário, por meio de mandado, como na penhora, art. 666, III do CPC.

Vamos analisar somente o depósito civil, que pode apresentar não só caráter contratual, como por imperativo legal, no caso de alguém achar uma coisa alheia perdida e ter que restituí-la ao seu dono, ou ato administrativo determinado.

Analisando o contrato de depósito podemos dizer que o mesmo é negócio jurídico ou ato bilateral, pois nasce da união de duas ou mais vontades exteriorizadas.

A teoria geral dos negócios jurídicos é composta pelos seus elementos de existência, requisitos de validade, fatores de eficácia, forma e prova e teoria das nulidades do ato jurídico e prescrição e decadência.

¹ Art. 66 da Lei 4728/65: “A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal”.

Os elementos de existência são: a forma, com a exteriorização da vontade e a busca de um fim imediato. Os requisitos de validade (art. 104, CC/02) são formados pelo agente capaz, capacidade de fato ou de exercício para a prática dos atos da vida civil (arts. 3, 4, 5 e 115, CC/02), pelo objeto lícito, possível e determinado ou indeterminado, e pela forma prescrita ou não defesa em lei, art. 166, CC/02. Já os fatores de eficácia tratam das conseqüências geradas pelo ato jurídico, sendo eles a condição, termo, encargo e quaisquer outras eventuais que alteram o efeito natural do ato jurídico, conforme art.121 e ss, CC/02. Com relação à forma e à prova, ambas estão dispostas no art. 107 e 212, respectivamente do CC/02. A teoria das nulidades do ato jurídico cria o regime dos atos nulos e dos anuláveis, com relevante diferença, no que diz respeito aos seus efeitos, art. 166 e ss, CC/02. A decadência e a prescrição, respectivamente dispostas nos arts. 207 e 189 do CC/02.

Ainda na teoria dos contratos, temos a teoria geral, que apresenta noções fundamentais aplicáveis a todo e qualquer contrato, art. 421 a 480, CC/02.

O conceito de depósito extraído do art. 627, CC/02, é o de contrato pelo qual se entrega a alguém uma coisa para guarda, com o dever de restituição da mesma.

Com relação às espécies de depósito civil temos duas grandes categorias: o depósito voluntário, contrato convencionado livremente entre as partes e o depósito necessário, uma relação considerada por alguns autores como paracontratual, imposto pelas circunstâncias. É mera relação de fato resultante da necessidade², compreendendo o depósito legal, determinado pela lei, art.641, CC/02, o depósito miserável, em situações de calamidade, art.647, II, da lei civil e o depósito do hospedeiro ou do hoteleiro, equiparado ao necessário, conforme art. 649, CC/02.

Assim como qualquer outro tipo de contrato, o contrato de depósito possui alguns requisitos a serem exigidos. São divididos em requisitos subjetivos, requisitos objetivos e requisitos formais.

Os requisitos subjetivos são compostos: a) pela entrega e recebimento da coisa, onde havendo vontade de duas partes, uma entregue a coisa para que o outro assuma a obrigação de guardá-la; e b) capacidade das partes: a capacidade de fato ou de exercício tem que estar presente nas partes contratantes.

² DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e pratico dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1996, vol. III, p.208, citando Antonio Junqueira de Azevedo.

O requisito objetivo se refere à característica da coisa a ser depositada. Esta tem de ser, na maioria das vezes, corpórea, móvel e infungível, abrindo exceção para os casos do depósito de coisa infungível no depósito irregular, e imóvel no caso de depósito judicial (seqüestro).

O requisito formal, por sua vez, exige que sua prova só possa dar-se por escrito.

As partes contratantes do presente contrato são: o depositário, aquele que recebe a coisa para custódia e o depositante, sujeito que entrega a coisa a ser resguardada. Como vimos a finalidade do contrato de depósito é a guarda da coisa alheia que foi entregue, conforme disposto no art. 627, da lei civil.

As principais características são cinco: o não uso; o interesse primário do depositante; o objeto do contrato é coisa corpórea, móvel e não fungível; disponibilidade; e o prazo em benefício do depositante.

O não uso da coisa prevê que a coisa recebida é exclusivamente para custódia. O interesse primário será sempre do depositante, aquele que entrega a coisa. O objeto, como já visto, é em sua maioria das vezes corpóreo, móvel e não fungível, caso do depósito regular. A disponibilidade é marca registrada do depósito, tendo em vista o direito de restituição da coisa ao depositante, sem vinculação, a qualquer termo, sempre que requerida. O prazo, sempre que houver, será em vantagem ao credor, por decorrência do interesse primário do mesmo.

A abrangência desse instituto tem um grande alcance, em razão de incidir sobre moveis não fungíveis, admitindo em certas hipóteses a incidência sobre moveis fungíveis e até mesmo imóveis. Outro motivo para tal abrangência é a não permissão do uso da coisa, a não ser em manifestação inequívoca do depositante. E caso usada a coisa só sobrevirá sanção se houver prejuízo ao depositante. Ainda pode se cogitar o contrato de depósito em benefício de terceiro, com a restituição da coisa a pessoa diversa do depositante, art.632, da lei civil.

O contrato de depósito tem característica jurídica de nominado, pois batizado pelo legislador civilista, é típico, pois está disposto, tipificado, na lei civil.

É ainda, unilateral, pois somente o depositário é sujeito de deveres, e um contrato real. No caso de o depositante estipular um acordo de gratificação ao depositário pelo serviço prestado, aí sim, estaremos diante de um contrato bilateral.

De acordo com o jurista Orlando Gomes, nos contratos bilaterais a prestação de uma das partes depende, necessariamente, da contraprestação devida pela outra.³

Essa classificação é de suma importância, pois se possuir característica bilateral serão aplicadas as normas do artigo 476 da lei civil (exceção do contrato não cumprido) e sendo assim, nenhuma das partes contratantes pode exigir da outra o adimplemento da prestação, se ainda não prestou a que lhe competia.⁴

Além disso, o ato, dependendo das circunstâncias poderá ser considerado bilateral imperfeito. Isso ocorre quando o contrato, originariamente unilateral, passa, no seu transcorrer, à característica bilateral. É o caso do depositário que tem em seu resguardo um cachorro. Até aqui, somente um contrato unilateral, com o depositário obrigado de resguardar a coisa. Porém, por motivos alheios à sua vontade, o animal requer cuidados especiais, tais como gastos com veterinário. Com isso, passaremos a ter um contrato bilateral imperfeito, eis que a característica bilateral não era da vontade de ambas as partes e surgiu no decorrer do contrato.

Uma observação pertinente aqui, no caso de posse da coisa, com sua imediata transferência ao depositário, o mesmo tem o dever de resguardá-la como se sua fosse. No caso de o depositante se ver forçado a fazer melhorias na coisa para a manutenção da mesma, estas serão consideradas benfeitorias necessárias. Com previsão legal para a restituição e retenção destas benfeitorias, art. 643 e 644 da lei civil, quem assim não agir, sem a preocupação de resguardar a coisa, também encontrará previsão legal, para aplicação de uma sanção civil, nos artigos 239 e 240 do CC/02, salvo em caso fortuito ou força maior, causas excludentes da responsabilidade civil.

O contrato de depósito é conhecido por ser naturalmente gratuito. Muito embora o artigo 628 prescreva que o contrato de depósito é gratuito, ele também dispõe acerca da exceção no caso de convenção entre as partes, em sentido contrário.

A gratuidade faz parte da natureza do contrato e não da essência, pois há permissão para que o mesmo seja oneroso a uma das partes, e acabou se tornando maioria dos casos contratuais.

³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.71.

⁴ Código Civil Brasileiro – “art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

Com relação ao depósito voluntário, este só perderá sua característica gratuita se houver expressa convenção em sentido contrário, se resultar de negócio ou se for tratado com depositário profissional, quando aí assumirá a característica onerosa.

O contrato de depósito é real, de forma incontestável, o contrato só se dá por completo, ou satisfeito, com a tradição da coisa, conforme artigo 627 do Código Civil de 2002.

Referida transferência ocorre como condição sem a qual não teremos o aperfeiçoamento do contrato, tendo a finalidade de viabilizar a custódia do depositário.

Outra característica do contrato em tela é a sua não formalidade, ou não solenidade. Temos essas características presentes, pois nenhuma forma é vedada para a elaboração contratual. Quando há a exigência de uma forma escrita, no caso do depósito voluntário, tal exigência é feita somente com o intuito de fazer prova do ato, não sendo requisito de validade contratual. Com isso, podemos ter, porventura, um contrato válido, porém sem instrumento escrito.

Odete Novaes Carneiro Queiroz nos chama atenção para um caso do nosso cotidiano, que é o estacionamento em mercados, shoppings e etc. Nessa relação temos um contrato de depósito, onde para provar a existência temos que requerer um comprovante, com as características da coisa que está sendo entregue ao depositário (estabelecimento), se não for desta forma, estaremos sem prova do contrato, portanto com um contrato de depósito válido, porém ineficaz.⁵

Além disso, o contrato de depósito é *intuito personae* em relação ao depositário. A confiança é um valor intrínseco à relação existente entre o depositante e depositário. Não é crível pensar que alguém dará uma coisa sua para outrem guardar sem que haja a confiança necessária para esta pessoa desempenhar tal função.

Devido a essa característica é que podemos afirmar que os direitos inerentes ao depositário são de caráter personalíssimo. Esta é também a razão pela qual se desobriga o curador do incapaz no que tange ao depósito, devendo da mesma forma ser estendida em caso de morte do depositário, pois seus sucessores

⁵ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Prisão Civil e os direitos humanos*, São Paulo, RT 2004, p.46.

não obrigatoriamente irão gozar da mesma confiança que o depositante dispensava ao seu antecessor.⁶

No que concerne às obrigações do depositário, temos como a principal a guarda da coisa. Referida obrigação vem disposta no art. 629 do CC/02, trazendo a exigência de cuidar da coisa que lhe foi confiada, como se sua fosse, prevalecendo o bom senso para definir esse desempenho, de acordo com um critério de razoabilidade.

Desta maneira, temos outras obrigações inerentes à esta citada. O depositário deve conservar a coisa, respondendo pelo perecimento ou deterioração da coisa confiada. Nos casos dos contratos benéficos, o artigo 392 do CC/02, sustenta a responsabilidade civil, da seguinte forma: “Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça”. Acrescenta ainda que nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

Pela característica da gratuidade contratual, o depositário somente responderá civilmente se agisse com dolo, afastando desta maneira a possibilidade de sanção por culpa, claro, os casos fortuitos ou de força maior. Todas as possibilidades são afastadas somente se o depositário provar os casos de excludente da responsabilidade civil.

Ainda com relação ao dever de resguardar a coisa, sempre que a coisa perecer sem culpa do depositário, o dono perderá a coisa, por este ser um princípio em voga no direito obrigacional. Claro que poderá se estabelecer convenção em sentido contrário, porém em sua ausência este princípio incorporar-se-á ao contrato.

Outra obrigação do depositário diz respeito a não usar a coisa que lhe foi dada em resguardo, nem repassá-la para terceiros, a não ser em caso de autorização expressa. No caso de não cumprimento desta obrigação, o depositário só responderá civilmente se o uso ou repasse das coisas trazer prejuízo ao depositante, que poderá requerer perdas e danos.

⁶ Nesse sentido, nas lições de Maria Helena Diniz: “SE, por ventura, o depositário se tornar incapaz na pendência do depósito, não mais tendo condições para responder por suas obrigações contratuais, a pessoa que lhe assumir a administração deverá providenciar a imediata restituição da coisa depositada, uma vez que, sendo alheio ao vínculo contratual, não poderá substituir o depositário, podendo não merecer a mesma confiança do depositante, e, se o depositante não quiser ou não puder recebê-la, pedir seu recolhimento ao depósito público para que a receba em juízo ou, então, promover a nomeação de novo depositário”. Código Civil anotado – art. 1.276. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 864

Outra obrigação oriunda da guarda da coisa é a manutenção da coisa no estado em que recebeu.

Juntamente com o dever de guardar a coisa, o depositário possui uma segunda obrigação. A de restituir. Aqui, o depositário, em conformidade com o princípio de que o acessório segue o principal, deve devolver o que lhe foi confiado, assim como todos seus acessórios, que porventura vieram a estar em seu domínio. Se fungível o bem for, o depositário poderá até alienar o objeto do depósito, se vier a ressarcir o depositante com mesmo gênero, qualidade e quantidade. Se o bem em questão não for fungível, o depositante devolverá a mesma coisa que lhe foi confiada.

Vale ressaltar que, mesmo não sendo o dono da coisa, o depositante poderá exigir a restituição da coisa, conforme art.638, CC/02, além do que em caso de perda da coisa em sub-rogação, o depositário quem é tem o dever de restituir a coisa sub-rogada, de acordo com o artigo 636, da lei civil.

Para esse dever de restituição, o Código Civil elenca suas exceções, no artigo 633: o depositário não será obrigado a restituir a coisa se tiver o direito de retenção em seu benefício; se existe uma discussão judicial sobre a coisa; se recai uma penhora sobre o bem, tornando necessária a consignação; e se existir suspeita de dolo na obtenção da coisa, devendo ser entregue a coisa ao depositário público, conforme art. 634, do Código Civil de 2002.

Além dos deveres acima elencados, o depositário também possui direitos, dispostos no Código Civil.

O primeiro direito a aparecer é o de restituir a coisa. Além de ter o dever de devolver a coisa quando da extinção do contrato, ou quando da vontade do depositante, o depositário tem o direito de restituir a coisa quando bem entender ou não mais puder guardar a coisa. Com a recusa no recebimento por parte do depositante, o depositário pode requerer o depósito judicial, se por algum motivo não tiver mais condições de guardar a coisa, e conforme parte da doutrina, somente se o contrato for gratuito. Poderá ainda, em caso de incapacidade superveniente do depositário, seu representante poderá recorrer também ao depósito judicial. O destino da coisa também será o depósito judicial, nas hipóteses do direito de retenção, coisa embargada, penhora sobre coisa e a suspeita de dolo na obtenção da mesma.

Outro direito do depositário é o de obter o ressarcimento de despesas feitas com a coisa e até eventuais prejuízos, repugnando de todas as maneiras o enriquecimento ilícito.

Além destes, o depositário também tem o direito de retenção da coisa, como garantia do ressarcimento das despesas, originadas da relação contratual em vigor.

Como quarto e ultimo direito do depositário, temos a garantia deste poder alegar como defesa a compensação, desde que seu crédito também seja um depósito.

Analisando ainda o contrato de depósito, passamos à sua extinção. Ela pode se dar através de 6 formas: a) se decorrido o período de 25 anos, sem que seja reclamado o bem (lei 2.313/1954, regulamentada pelo Dec. 40.395/1956); b) morte ou incapacidade superveniente do depositário, quando o contrato for *intuitu personae*; c) se a coisa depositada parecer em razão da força maior ou fortuito provados, sem ocorrência de sub-rogação; d) ocorrendo depósito em juízo da coisa por motivo plausível alegado pelo depositário para não mais guardá-la; e) exigência da restituição, pelo depositante da coisa confiada; e f) havendo vencimento do prazo.

Feita esta necessária explanação sobre o depósito civil, chegamos à questão peculiar a este instituto. A criação da sanção civil com a pena de prisão.

O artigo 652 do Código Civil de 2002 nos diz o seguinte: “seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.”

Essa cominação é particular do contrato de depósito, inexistindo tal previsão para os outros tipos de contrato.

Nesse sentido, a Constituição de 1988, assim dispôs, em seu artigo 5º, LXVII: “não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

O depositário infiel é aquele que tendo como obrigação restituir coisa alheia que lhe foi confiada para custódia não o fez e não cumpriu com sua obrigação. Acabando desta forma com a confiança que quem lhe entregou a coisa depositou, tornando-se devedor em mora.

Essa sanção prevista para tal inadimplemento deve ser interpretada como meio coercitivo para o cumprimento da obrigação e não pena para tal.

2.2. **Da alienação fiduciária em garantia.**

A discussão aqui apresentada se dará acerca do aparecimento da alienação fiduciária, suas características e sua polêmica equiparação ao depósito civil, motivo ensejador inclusive da aplicação prisão civil como pena.

Se antes, aquele fiduciante inadimplente não restituísse a coisa alienada seria condenado à prisão, por equiparação ao depositário infiel, hoje em dia podemos ficar mais tranquilos, com a mudança no pensamento de nossos tribunais.

Na década de 60, uma época delicada para a economia brasileira, o consumidor brasileiro não possuía renda suficiente para aumentar o nível das compras e os produtores não tinham suficiente para financiar seus próprios produtos.

Nessa realidade foram criadas as financeiras cujo fim era a disponibilização de recursos para que o consumidor pudesse adquirir esses bens, com tendência ao estímulo da produção.

Dentro desse contexto, aparece o instituto da alienação fiduciária em garantia, disciplinado pela Lei 4728/65. Quatro anos mais tarde, o instituto atinge seu objetivo de tornar crescentes as garantias já ofertadas pelo sistema ao credor-fiduciário. A indústria produzia mais, o comércio vendia mais e o público comprava da mesma forma, com o financiamento obtido.

O esquema funcionava da seguinte maneira: o consumidor (mutuário) interessado em um carro comparecia à financeira (mutuante) transferiu a propriedade para esta e com isso a financeira disponibilizava a verba para o consumidor adquirir o carro, tendo o comerciante recebido o preço integral de forma imediata.

A propriedade do mutuante é resolúvel, já que se resolverá com o cumprimento de suas obrigações por parte do mutuário devedor.

Sendo assim, com o cumprimento total das obrigações, o contrato se resolve para o mutuante credor, ao passo que o mutuário devedor tem suspensa a eficácia do contrato.

Criou-se, desta maneira, mais um direito real de garantia através de lei extravagante.

A doutrina caracteriza o instituto da alienação fiduciária em garantia como um contrato no qual o devedor, para garantir seu débito, transfere ao credor a propriedade resolúvel do bem.⁷

A alienação fiduciária foi recepcionada no Código Civil, que discorrendo sobre a propriedade, trouxe no capítulo IX, Da propriedade fiduciária, a partir do art. 1361, com a particularidade de ser o único direito real sobre a coisa própria.

A equiparação ao depósito foi criada com o Decreto-lei 911 de 1969, em seu artigo 1º, segundo a qual o alienante fiduciário é um depositário com as responsabilidades e encargos que lhe são atribuídos pela lei civil e penal. Nesta esteira de pensamento, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1363 equipara o devedor fiduciante ao depositário, tanto no que tange à guarda e diligência da coisa, como também com relação ao dever de entregá-la ao credor se não for paga a dívida.

A alienação fiduciária dada como garantia é um contrato acessório e indivisível, devendo ser aplicada, em conformidade com o artigo 1367 do CC/02, as prescrições presentes, por exemplo, no artigo 1421, do Código Civil.

Para que se possa provar o ato jurídico gerador da alienação fiduciária é necessário o registro e cartório de títulos e documentos, e outros órgãos como o DETRAN, ou ainda no Registro de Imóveis, sendo dessa maneira, necessária a forma escrita.

Nessa relação entre mutuante credor e mutuário devedor, o que acontece é que o dono verdadeiro é o devedor fiduciante e só por um mecanismo fictício a lei transfere a propriedade ao garantido. Nesta alienação, o credor passa a ser o dono da coisa da qual o devedor é o real proprietário.

A jurisprudência pátria não é pacífica no que diz respeito à aplicação da prisão civil ao devedor fiduciante, ao passo que boa parte da doutrina não admite referida sanção civil, apesar de serem diversas a fundamentação e argumentação apresentadas, focando um só objetivo.

⁷ “A alienação fiduciária em garantia consiste na transferência feita pelo devedor ao credor da propriedade resolúvel da posse indireta de um bem infungível com garantia do seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação, ou melhor, com o pagamento da dívida garantida.” DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. IV, p. 398.

Uma fundamentação para afastar a cominação da pena da prisão civil se deve ao fato de não se caracterizar um depósito regular. Isto acontece quando o depósito for de coisas fungíveis, considerado pela doutrina como depósito irregular, e por isso devem ser aplicadas as regras do mútuo, como decidiu o STJ no REsp 3013, de 26.11.1990.

Diversa tese de defesa é apresentada é que a alegação para autorização de referida cominação estava presente, quando se afirmava ao final do artigo constitucional a expressão “na forma da lei”. Naqueles casos até se poderia admitir a prisão civil em casos equiparados pelas leis inferiores. Porém, com a nova redação da Constituição de 1988, a referida expressão foi retirada, não mais existindo previsão na “forma da lei”, restringindo desta forma o cabimento da prisão civil ao devedor de alimentos e ao depositário genuíno. Corrente diversa entende que a expressão na forma da lei era, na verdade, alusiva ao procedimento e não ao direito material.

Pois bem, a jurisprudência é divergente quanto à aplicação da pena da prisão civil aos casos equiparados. Tal indefinição se faz mais clara e evidente à medida que os tratados internacionais de direitos humanos, verdadeiros repelentes desta sanção, são incorporados ao nosso ordenamento jurídico, trazendo uma fundamentação muito mais embasada para essa refutação.

3. A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA NO BRASIL

A prisão civil por dívida no Brasil é instituída em nosso ordenamento jurídico, pelo artigo 5º, inciso LXVII, que diz o seguinte: *“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”*.

Temos então, duas exceções à regra, situações estas em que será possível, a aplicação da prisão civil, como sanção.

Neste capítulo, apresentaremos um histórico da prisão civil no Brasil e sua evolução, e suas hipóteses, quais sejam a do devedor inescusável de alimentos e a polêmica do depositário infiel.

3.1. Histórico

A prescrição de prisão do depositário infiel é encontrada no ordenamento brasileiro através das Ordenações Portuguesas, que buscaram inspiração no Direito Romano. Tais Ordenações vigoraram no Brasil, até 1916, quando foram revogadas pelo artigo 1807 do Código Civil Brasileiro.

As Ordenações Filipinas, de 1603, vigoraram no Brasil, após 1823, pelo disposto em Lei Imperial, e prescreviam que o devedor inadimplente sem condições de efetuar o pagamento, enquanto não tivesse praticado ato ilícito, não seria preso até sua condenação com trânsito em julgado, ressalvada a hipótese de temida fuga. A prisão só se concretizaria após tal procedimento e não havendo bens ou insuficientes fossem.

Com a Constituição de 1824, foi determinado que fossem elaborados um Código Civil e um Código Penal, o mais rápido possível, sendo que em 1850 o Código Criminal, em seu artigo 310, assim prescrevia: “todas as ações ou omissões que, sendo criminosas pelas leis anteriores, não são como tais consideradas no presente código; não sujeitarão a pena alguma”.

Com a vigência do Decreto 763, de 1890, o Regulamento 737, destinado a reger o Código Comercial, passou a ser aplicado às causas cíveis, sendo possível a prisão do depositário se, condenado, não restituísse, em 48 horas, o bem ou oferecesse o equivalente em dinheiro.

No mesmo sentido das Ordenações Filipinas, a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas estipulava a prisão do depositário infiel. Já na República, o Projeto de Felício dos Santos regulava o depósito nos artigos 2.398 a 2.413, sendo admitida a prisão do depositário infiel com exceção do depósito em dinheiro, quando entregar valor igual, já era o bastante. O projeto de Coelho Rodrigues citava a prisão do depositário no artigo 1.102, fosse voluntário, necessário ou judicial o depósito. Nele ultrapassou todos os limites do Direito Civil, de forma equivocada, em seu artigo 1.103: *“o depositário, que não restituir o depósito dentro do prazo assinado, nem justificar a sua infidelidade, fica sujeito às penas do estelionato”*. Aqui temos uma norma heterotópica, porém atípica do Código Civil, como defende Álvaro Villaça Azevedo⁸

Desde 1939, o Código de Processo Civil brasileiro só admite a defesa do devedor depositário se o réu realizar o depósito do equivalente, havendo a inacreditável possibilidade de condenação à prisão civil sem possibilidade de defesa.

Com relação às Constituições Nacionais, tanto à de 1824, quanto à de 1891, foram omissas no ponto deste instrumento de coerção ao cumprimento contratual. A de 1934⁹ foi incisiva, não admitindo exceções quando decretou que não existiria prisão por dívidas, multas ou custas. A Constituição de 1937 deixa à legislação ordinária a questão da prisão por dívidas, sem oferecer garantia, quando em 1946, 1967 e na Emenda Constitucional nº. 1 de 1969¹⁰, aparecem as exceções do devedor de alimentos e do depositário infiel.

⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão Civil por Dívidas*. São Paulo: RT, 2000, p.69.

⁹ Constituição de 1934 – “Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 30) Não haverá prisão por dívidas, multa ou custas”.

¹⁰ Constituição de 1946 – “Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)§ 32. Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o do inadimplemento de obrigação alimentar na forma da lei”.

Constituição de 1967 com redação da Emenda Constitucional n.1, de 17.10.1969 – Art. 153, § 17. “Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei”

A atual constituição de 1988 afasta a possibilidade da prisão civil, mantendo as exceções, acrescentando a qualificação do inadimplemento da obrigação alimentícia e retirando a expressão “na forma da lei”.¹¹

Analizando desta forma os textos da legislação nacional, vemos que o Direito pátrio, reiteradamente, vem admitindo a pesada e desproporcional aplicação da prisão como sanção para o indivíduo que se tornou inadimplente em face de uma obrigação contratual, tendo em vista a autorização constitucional e disposição da lei ordinária civil.

3.2. Hipóteses Constitucionais.

Como visto anteriormente, a Constituição Federal nos traz em seu art. 5º, inciso LXVII, as hipóteses em que é admitida a prisão civil, em nosso ordenamento jurídico.

De uma simples leitura do referido artigo, vemos que o inadimplemento inescusável e voluntário de obrigação alimentícia e o depositário infiel ensejam a aplicação da prisão com sanção civil.

Começando pela hipótese do devedor alimentante, além do dispositivo constitucional, temos previsão legal no art. 733 do Código de Processo Civil, na seguinte forma: *“Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para em três dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. § 1º. Se o devedor não pagar, nem se escusar, o Juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de hum a três meses”*.

Neste ponto não há o que se discutir, pois além das disposições encontradas em nosso ordenamento pátrio, os tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário, também reiteram o cabimento da prisão civil por dívida alimentar, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, em seu art. 7º: *“Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”*.

¹¹ Constituição de 1988 – “Art.5º.Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

“LXVII – não haverá prisão civil por dívidas, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Sendo assim, é clara e evidente a possibilidade da prisão civil por dívida alimentar, sendo que para tanto temos que analisar alguns pontos importantes, tais como: a natureza jurídica dessas prestações e o porquê dessa manifesta possibilidade da prisão como sanção civil.

É de consentimento geral, que os alimentos são imprescindíveis para uma vida saudável e digna de todo e qualquer cidadão, por isso alcançando importância constitucional.

Cristiano Chaves de Farias nos ensina que: *“reside na própria afirmação da dignidade da pessoa humana o fundamento axiológico da obrigação alimentícia.”*¹²

Outrossim, a Constituição em seu art. 229 dispõe que: *“os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”*

Na lição de Yussef Said Cahali¹³ e Orlando Gomes¹⁴, as prestações alimentícias são tudo que satisfaça as necessidades vitais, assegurada pelo direito de cobrar de quem é devido.

O Código Civil de 2002 discorre sobre os alimentos nos artigos 1694 a 1710, sendo que os parentes, companheiros ou cônjuges podem pedir uns aos outros os alimentos dos quais necessitam para sua sobrevivência. É um direito recíproco a pais e filhos, extensivo a todos os ascendentes, e na falta destes aos descendentes e irmãos.

Outro ponto fundamental das prestações alimentícias é o caráter personalíssimo presente nelas, ou seja, não se transmite quando do falecimento, aos herdeiros do alimentante, salvo a hipótese de existência de prestações vencidas até a morte do prestador, as quais serão debitadas do espólio e divididas entre os herdeiros. É nesse sentido que leciona Silvio de Salvo Venosa.¹⁵

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de. Prisão Civil por Alimentos e a Questão da Atualidade da Dívida à Luz da Técnica da Ponderação de Interesses (Uma Leitura Constitucional da Súmula nº 309 do STJ): o Tempo é o Senhor da Razão. Revista Brasileira de Direito de Família. Belo Horizonte, nº 35, p. 136, abr-mai, 2006.

¹³ CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 4. ed. atual. e ampl. com o novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 16 p.

¹⁴ GOMES, Orlando. Direito de Família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 427 p

¹⁵ Embora o dispositivo em berlinda fale em transmissão aos herdeiros, essa transmissão é ao espólio. É a herança, o monte-mor, que recebe o encargo. De qualquer forma, ainda que se aprofunde a discussão, os herdeiros jamais devem concorrer com seus próprios bens para discriminar o patrimônio próprio e os bens recebidos na herança. Participam da prestação alimentícia transmitida, na proporção de seus quinhões. VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v. 6, 378 p

Sem fugir muito do foco do presente estudo, importante ressaltar as características da prestação alimentar em sua natureza jurídica.

As duas situações que encontramos com relação à elas, se diferencia pela prescrição no tempo de referidas parcelas. A mais importante, agora, encontra-se no art.733 do Código de Processo Civil. Lá está de forma expressa a possibilidade de prisão, em caso de inadimplemento por parte do alimentante. Temos aqui, a natureza jurídica da prestação, literalmente de caráter alimentar, o que fundamenta todo e qualquer decreto de prisão. Os três meses de margem de inadimplência caracterizam o que foi explanado, aquilo que é realmente fundamental e essencial para a dignidade da vida humana, sem a qual vai de encontro com os princípios básicos da Constituição Federal.

Esse também é o pano de fundo para que os tratados internacionais de direitos humanos, no caso o Pacto de São José da Costa Rica, acolham a dívida como único real motivo da aplicação da prisão civil, em caso de inadimplemento por parte do alimentante.

A outra hipótese constitucional, e de interesse principal do trabalho, é a prisão civil do depositário infiel. Tal dispositivo presente na Constituição é extremamente controverso e polêmico no mundo doutrinário e jurisprudencial.

A pena de prisão seria aplicada ao depositário infiel, caso não cumprisse com sua obrigação contratual. Porém, além de desproporcional é medida coercitiva excessiva, que não atinge o fim a que se destina.

Com essas observações, voltemos ao Código Civil de 1916, que em seu artigo 1287, distinguia o contrato de depósito, criando uma sanção civil a pena de prisão, apresentando idêntica redação a do artigo 652 do atual Código Civil, com a seguinte prescrição: *“seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a 1 ano, e a ressarcir os prejuízos”*.

A cominação da prisão civil não é aplicada aos contratos em geral, sendo vedada pela Constituição, facultando, porém, a exceção no caso de dívida alimentar e infidelidade do depositário.

Quando a Carta Magna, preocupada com os direitos e garantias fundamentais do cidadão, dispôs em seu art. 5º, LXVII que não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel, apenas permite que a prisão civil do

depositário seja regulamentada pelo legislador infraconstitucional, caso do artigo 652, do Código Civil.

A figura do depositário infiel é aquela que, tendo a obrigação de restituir coisa alheia que recebeu para custódia, não o fez, não cumpriu sua obrigação¹⁶. E, quando inadimplente, trai a confiança de quem lhe entregou a coisa para guardar, tornando-se com isso um devedor em mora.

Porém, fica claro que com tudo que se mostrou até aqui, o centro de toda a polêmica, numa relação contratual de depósito, é a particularidade da possibilidade de aplicação da prisão para um contratante que não cumpre com seu dever de corresponder à confiança nele depositada.

Há posições doutrinárias de todas as fontes no sentido de considerar tal prisão como meio coercitivo, visando pressionar o inadimplente, e não pena, o que não altera, em muito seus efeitos.

É uma medida compulsória de natureza civil ou administrativa, e não propriamente uma pena, não se questionando acerca da culpa ou dolo do depositário. A prisão deve ser decretada no curso da ação de depósito, para que a plena defesa do devedor seja exercida¹⁷. A qualquer momento pode o depositário ser liberado da cominação da prisão e do seu cumprimento, bastando para isso, que a obrigação seja cumprida, exibindo a coisa depositada ou oferecendo o equivalente ao valor da coisa, tratando-se desta forma de prisão por dívidas.¹⁸

Assim, é admitido o uso de um mecanismo repressivo para alcançar um fim do Direito Civil, o de reequilíbrio das partes integrantes de uma relação civil,

¹⁶ CCB/1916 – “Art. 955. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que não o quiser receber no tempo, lugar e forma convencionados (art.1.058)”. O novo Código Civil traz uma redação similar. Assim pode-se ler que:

“Art.394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.”

¹⁷ “Como se vê, a prisão civil, que visa apenas a compelir o depositário infiel ou o inadimplente de obrigação alimentar a cumprir a obrigação devida (restituir a coisa depositada ou dar equivalente em dinheiro, ou prestar os alimentos) não é pena porque tem ela por objetivo, tão somente, fazer atuar “il contenuto materiale de diritto” (no dizer de Brunetti) ou obter a “realizzazione forzata del precetto, nell’eventualità di non attuazione volontaria di esso” (nas expressões de Grispigni), e não reagir porque a obrigação não foi cumprida, acrescentando a esta algo além do que obteria o credor com o adimplemento dela. E – note-se – não se trata sequer de pena privada, que é sanção punitiva no âmbito privado, e não, meramente, meio de compelir ao cumprimento da obrigação. As penas privadas como acentua Manzini (Tratatto di Diritto Penale italiano, vol. I, nua-primono, mediante irrigazione di um male, um fatto illecito non danoso, ma meramente pericoloso, o perchè provvedono allá riparazione dún danno pecuniariamente non valuntabile, o perchè rappresentano um plus rispetto allá restituzione e al risarcimento del danno, o perchè tengono luogo di questo in caso de insolvenza”. São sempre de natureza patrimonial, e consistem ou na perda de um direito privado a título de pena, ou no pagamento, em favor do titular do direito lesado, de uma quantia que representa um plus em relação ao ressarcimento. Nada disso ocorre, obviamente, com a prisão civil, que, portanto, não é sequer pena privada.(...)” MOREIRA ALVES, José Carlos. A ação de depósito e o pedido de prisão. *Revista de Processo* 36/11, 1984

¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1976

com a aplicação da prisão ao depositário, por um período não excedente a um ano, se o depositário não devolver a coisa quando a esta lhe for requerida pelo depositante, tudo conforme autorização da Constituição de 1988.

Já se enfrenta como uma verdadeira aberração jurídica a desproporcionalidade da pena para aquele inadimplente contratual civil. Como visto, o objetivo da lei civil é reequilibrar e não penalizar, sendo que, para isto, podemos lançar mão da lei penal, pois a apropriação indébita tem tipificação criminal.

Se o objeto do contrato de depósito é a restituição da coisa, considerar-se-á toda e qualquer forma de prisão como sendo desproporcional e desumana, pois o inadimplente passará pelas condições extremamente precárias de nosso sistema prisional, afetando diretamente sua dignidade e honra, ao passo que o objeto do referido contrato não será atingido plenamente da mesma forma.

4. CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS SOBRE A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA NO BRASIL.

Nos dias atuais, muitas controvérsias giram em torno da prisão civil por dívida no Brasil, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência de nossos tribunais. O que será apresentado aqui são posicionamentos acerca do cabimento e da legalidade da cominação da prisão civil por dívida, analisando correntes doutrinárias e posições jurisprudenciais, juntamente com a inserção dos tratados internacionais em nosso ordenamento jurídico, principalmente no que diz respeito aos tratados que versam sobre os direitos humanos.¹⁹

Referidos tratados dão origem a diversas análises sobre nossa Constituição, onde encontramos pontos controversos e até inconstitucionais, por ferirem preceitos nela dispostos.

Analisaremos, antes de mais nada, dois artigos destes tratados que ensejam a discussão apresentada, devido à forma como os quais são recepcionados em nossa Carta Magna.

O artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, insere o seguinte: *“Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”*. Neste mesmo diapasão, encontramos no art. 7º do Pacto de São José da Costa Rica, a determinação de que ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Com isso, podemos chegar à conclusão de que, no mínimo, se estes tratados internacionais foram recepcionados pela nossa Constituição há uma contradição nela presente.

Iremos discutir a forma como os quais foram recepcionados, principalmente após a Emenda Constitucional nº45/2004.²⁰

Antes, no entanto, veremos na doutrina o cabimento da prisão civil por dívidas, sob a ótica da proporcionalidade.

¹⁹ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966, adotado pela resolução nº2.200 A (XXI) da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992 e Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, 1969

²⁰ A famosa Reforma do Poder Judiciário.

No caso do depositário infiel, o inadimplente contratual não pode, nunca, ser comparado a um delinqüente. Sua conduta não pode ser tipificada pela Lei, como crime, logo a corrente majoritária doutrinária tem interpretado como sendo impossível aceitar essa comparação. Não vale, ainda, discutirmos acerca da natureza jurídica deste instituto, como razão para aceitá-lo, pois se considerarmos meio coercitivo para cumprimento de obrigação ou caráter punitivo, chegaremos a mesma conclusão de cerceamento da liberdade.

Mesmo que alguns considerem apenas um meio coercitivo para o cumprimento de uma obrigação, torna-se, no caso do depositário infiel, uma dura pena, pois dessa forma, lhe será reservado um tratamento igual ao dos delinqüentes criminosos, ferindo fatalmente a dignidade do cidadão, colocando-o em condições subumanas.

Isso simplesmente pelo fato de ter deixado de cumprir o acordado ou de restituir algo que não é seu. Como já visto, em todos os outros modelos contratuais, o devedor responde com seus próprios bens, sendo o depositário infiel o único a ter sua liberdade cerceada.

Os que defendem a prisão do depositário alegam que este falta ao compromisso que nasceu da confiança que lhe atribuiu. Entretanto, se formos analisar o caso do comodatário “infiel”, veremos que aqui o devedor irá responder somente por uma ação de reintegração de posse, ou será regido pelo direito obrigacional, em caso de perecimento da coisa por culpa, cuja solução não ultrapassará as perdas e danos, com seu patrimônio.²¹

Amilton Bueno de Carvalho, segundo o professor Álvaro Vilaça²², assevera que apesar da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LXVII, admitir a prisão do depositário infiel, na verdade, é disposição injusta, pois se resume em prisão por dívida, o que é repellido por princípios de ordem supraconstitucional, sendo nos dias de hoje injustificável o aprisionamento do devedor. O próprio Vilaça divide este pensamento²³, no qual considera injusta a prisão do depositário ao passo

²¹ QUEIROZ, Odete Novaes Carneiro, *Prisão Civil e os Direitos Humanos*, RT 2004, p.157.

²² Op. cit., p.89.

²³ “Por outro lado não se justifica que uma única espécie de contrato descumprido, o de depósito, seja causa de prisão por dívida. Os outros pactos são, também, igualmente importantes, como pro exemplo, o comodato, em que o comodatário, que tem vantagem de usar o bem comodado não pode ser preso como comandatário infiel. (...) A prisão por dívida pode intimidar, mas não é a solução, atualmente, em que as prisões são insuficiente, até para conter condignamente elementos perigosos da sociedade. (...) Quando o legislador quiser agilizar qualquer recebimento de prestação no campo do Direito Privado, deverá instituir mecanismos procedimentais de execução patrimonial e não de coerção pessoal do devedor, para experimentar sua solvabilidade”. Ob. cit. p.184.

que seu equiparado, o comodatário, não sofre com essas sanções, e sim, sanções patrimoniais. Considera ainda a prisão meio ineficaz para a obtenção de soluções do problema enfrentado, devendo a execução patrimonial ser a medida usada para qualquer recebimento de prestação no direito privado, e não a coerção pessoal do devedor.

O professor Luiz Flávio Gomes também considera ilegal a prisão do depositário por dívida baseando-se no princípio da proporcionalidade da pena, sendo esta completamente desproporcional por ser aplicada contra um simples descumprimento de ordem patrimonial.²⁴

A corrente majoritária de nossa doutrina entende que desde o ano de 1992, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, tendo em vista a ratificação, pelo Brasil, do Pacto de São José da Costa Rica. Mesmo assim é possível analisarmos a contrariedade da Constituição, no que diz respeito à violação ao princípio da proporcionalidade, por um motivo principal: em nosso ordenamento jurídico existem outros meios executórios à disposição do credor, para garantia de seu crédito. Sendo assim, a sanção da prisão, como medida de coerção do inadimplente, iria completamente contra o exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice característica: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, que se revela mediante contradição, incongruência e inadequação entre meio e fim.

Se for possível realizar a constatação de forma inequívoca de outras medidas menos lesivas, essa lei será inconstitucional por infringir o princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso.

Logo, conforme doutrina mais moderna, no caso de se restringir determinados direitos, não se deve questionar apenas acerca de sua admissibilidade constitucional (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições impostas com o princípio da proporcionalidade.

²⁴ “É desproporcional a privação da liberdade humana para tutelar o patrimônio vinculado a uma dívida. O devedor não é um criminoso. Embora a prisão civil tenha finalidade coercitiva, afeta o bem jurídico constitucional que é a liberdade. (...)Na origem de tudo – o depósito – há sempre uma obrigação patrimonial: dívida ou contrato.” Justiça brasileira discute a prisão de depositário infiel, *Folha de São Paulo*, de 22.09.1995, caderno São Paulo, p. 2 e 3.

Tal pensamento permitiu converter o princípio da reserva legal em princípio da reserva legal proporcional²⁵ e analisa não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, mas também a adequação desses meios para a realização dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização²⁶.

O subprincípio da adequação requer que os meios adotados estejam aptos a alcançar o objetivo pretendido.

O subprincípio da necessidade nos diz que nenhuma medida menos gravosa para o depositário infiel seria igualmente eficaz na realização dos objetivos pretendidos²⁷. Ou seja, a prisão não é necessária se a restituição da coisa puder ser alcançada através de uma execução que recairá sobre o patrimônio do devedor.²⁸

A proporcionalidade em sentido estrito nada mais é do que uma análise acerca do equilíbrio entre o significado da intervenção para o infiel e o objetivo de ver restituído algo seu, perseguido pelo depositante.

Neste caso, a existência de diversos meio executórios à disposição do depositante para a garantia eficaz de seu direito deixa clara a desnecessidade da prisão civil do depositário infiel.

A dívida do depositário infiel não justifica em nada a restrição à sua liberdade para a realização do direito do depositante. A violação à proporcionalidade em sentido estrito²⁹ se dá pela ponderação entre a liberdade individual do depositário infiel e o direito à restituição do depositante.

Temos ainda a interpretação de que a proporcionalidade em sentido estrito deve se aplicar em casos que quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maior há de ser o fundamento ensejador dessa intervenção.

O choque entre o patrimônio do credor e a liberdade do depositário infiel soluciona-se a favor do direito fundamental deste. A prisão do depositário infiel só poderia ser aceita se outros bens ou valores constitucionais necessitassem de maior proteção, como ocorre na situação do devedor inadimplente e inescusável de

²⁵ PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte – Staatsrecht II, p.63, *apud* Gilmar Mendes, em seu voto, no RE 466.343-1/SP

²⁶ PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte – Staatsrecht II, p. 66, *idem*

²⁷ PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte – Staatsrecht II, p. 67, *idem*

²⁸ PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte – Staatsrecht II, p.66, *idem*

²⁹ Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.

alimentos, com relação ao valor da assistência familiar. Porém, bem longe da hipótese de simples recomposição patrimonial do depositante.

O direito maior perseguido aqui é, sem dúvida alguma, o da liberdade e dignidade humana, se sobrepondo a qualquer outro direito que o depositante venha a alegar.

A ponderação entre a liberdade individual do depositário e o direito patrimonial do depositante é razão para discussão acerca da violação ao princípio da reserva legal proporcional.³⁰

A Carta Magna de outrora trazia a previsão da regra geral de proibição da prisão civil por dívida, com exceções contendo uma reserva legal simples. Já a Constituição de 1967, artigo 153, § 17 e a Emenda Constitucional nº1 de 1969 dispuseram o seguinte: *“Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei”*.

De acordo com a lição de Canotilho, a norma constitucional que submete determinados direitos à reserva de lei restritiva contém uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção e uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado.³¹

A atual Constituição retirou essa reserva legal de seu texto original. Ainda assim, no caso dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa, não é permitido ao legislador ir além dos limites definidos no próprio âmbito de proteção.³²

A atividade legislativa pátria estaria facilitada, em casos de colisão entre direitos de terceiros e outros valores jurídicos com hierarquia constitucional, pela cláusula de reserva legal subsidiária contida no art. 5º, II, da CF/1988.

Com relação às jurisprudências pátrias acerca da prisão civil do depositário infiel, podemos afirmar que se, antes, era maioria absoluta o entendimento pelo cabimento da mesma, com o passar dos tempos e a ratificação pelo Brasil, dos tratados internacionais de direitos humanos, as divergências foram aparecendo e continuam tendendo a seguir pela melhor interpretação da ilegalidade e inconstitucionalidade da cominação desta sanção.

³⁰ PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte – Staatsrecht II, p.63, *apud* Gilmar Mendes, em seu voto, no RE 466.343-1/SP

³¹ CANOTILHO, Direito Constitucional e teoria da Constituição, p.602-603.

³² PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte – Staatsrecht II, p. 61, *apud* Gilmar Mendes, em seu voto, no RE 466.343-1/SP

Hoje, a regra geral em decisões jurisprudenciais é de se considerar o patrimônio como meio de execução para se atingir o fim do depositante, já que privar o depositário de sua liberdade, além de ir contra os tratados já ratificados, é extremamente desproporcional, tendo em vista o direito fundamental do depositário que se protege, qual seja a liberdade e dignidade humana.

Nos casos onde estão em jogo normas de proteção de interesse individual e patrimonial, não se justifica o acolhimento da prisão civil. Nem se podem admitir alegações no sentido de que a prisão do depositário não tem natureza jurídica de pena, e sim de coerção, pois independente disto, o que se tutela, aqui, é o direito de liberdade do devedor em contrapartida ao cumprimento de obrigação patrimonial.

A atual jurisprudência, comumente, analisa de forma precisa a adequação dos princípios constantes dos tratados internacionais às leis constitucionais pátrias, em função de terem sido ratificadas e integrarem nosso ordenamento. Trazem à baila o disposto no Pacto de São José da Costa Rica, afastando desta forma, a prisão civil por dividas no caso de depositário infiel *lato sensu*.

Com a Constituição considerando os tratados de direitos humanos como preceitos constitucionais, e esses afastando a possibilidade da prisão civil por dividas e pelo não cumprimento da obrigação contratual, esses fundamentos aparecem cada vez mais freqüentes em decisões de nossos tribunais, inclusive no Supremo Tribunal Federal, fazendo com que a vigência do art. 5º, LXVII seja posta em dúvida e discutida sempre em prol de sua inconstitucionalidade, pois colide com a vedação da ofensa à liberdade, maculando o principio da dignidade humana, previsto em nossa Constituição.

Voto do ministro Marco Aurélio serve como exemplo, pois embasa a presente tese, reconhecendo que, após a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica, é impossível, no Direito nacional, a decretação da prisão civil do depositário e equiparados. Referido pensamento ministerial, em consonância com os valores constitucionais, têm sido elogiado publicamente e traz consigo esperança quanto ao reconhecimento da inadmissibilidade da prisão do depositário infiel.³³

³³ QUEIROZ, Odete, Ob. cit. p.160.

4.1. Natureza Jurídica dos Tratados e Convenções Internacionais antes e depois da Emenda Constitucional nº45/2004.

Neste capítulo iremos apresentar as formas pelas quais a Constituição incorpora os instrumentos de proteção dos direitos humanos, assim como o status que a eles atribui e a forma pelo qual o sistema internacional de proteção aos direitos humanos pode contribuir para a implementação de direitos no âmbito brasileiro.

Inicialmente, temos que considerar a Carta de 1988 como consagração do regime democrático no campo jurídico, aumentando de forma significativa a seara dos direitos e garantias fundamentais, sendo uma das Constituições mais avançadas do mundo, com relação à matéria.

Vamos, assim, abordar o significado jurídico dos tratados internacionais, com seu conceito, processo de formação e seus efeitos. Com isso, teremos base para analisar a Constituição com os referidos tratados de direitos humanos e os impactos jurídicos desses tratados no direito interno brasileiro.

Os tratados internacionais, enquanto juridicamente obrigatórios e vinculantes, são hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional.³⁴

Assim como, no regime interno, em virtude do Pós-positivismo, os princípios gerais de direito ganharam maior relevância como fonte do direito internacional.

Com o crescimento de sua importância e influência nas Constituições espalhadas pelo mundo inteiro, os tratados internacionais passaram a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro quando o Brasil passou a ratificá-los por livre e espontânea vontade.

A Constituição de 1988, em sua redação original, consagrava que os direitos e garantias ali contidos *“não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”* (art. 5º, § 2º).

³⁴ Sobre o Direito Internacional, comenta Louis Henkin: “O Direito Internacional é um sistema legal conceitualmente próprio e distinto, independente dos sistemas nacionais com os quais ele interage. É um sistema legal que constitui o Direito de uma ordem política internacional. Possui seus procedimentos próprios relativos à elaboração e aplicação normativa. Há uma filosofia e uma sociologia de Direito Internacional e o começo de uma criminologia”. Note-se que o art.38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça estabelece como fontes do Direito Internacional: a) os tratados internacionais; b) o costume internacional; c) os princípios gerais de direito; e d) as decisões judiciais e a doutrina

Nessa disposição encontramos a novidade da inclusão entre os direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, pois em 1967 essa garantia ainda não havia sido expressa.

Com a criação deste parágrafo 2º, do artigo 5º, a Constituição inova no processo de inclusão, implicando assim a incorporação, pelo Texto Constitucional, de tais direitos. Os direitos elencados nos tratados de direitos humanos integram, desta forma, os direitos constitucionalmente consagrados.³⁵

Antonio Augusto Cançado Trindade nos diz que: “Assim, a novidade do art. 5º, §2º da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre a proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observa-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista”.³⁶

A posição dos direitos enunciados em tratados internacionais como hierarquia constitucional é reforçado pela natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais.³⁷

O conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais é assumido de forma expressa pela Constituição, dos quais o Brasil faz parte, mesmo que tais direitos não estejam enunciados na forma de norma constitucional, a Lei Maior lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que se inserem no catálogo de direitos fundamentais previstos pelo Texto Constitucional.

³⁵ Ao interpretar o art. 5º, § 2º da Carta de 1988, sugere Pedro Dallari: “Essa norma constitucional, concebida precipuamente para disciplinar situações no âmbito interno do País, pode e deve ser vista, se associada ao inciso II do art. 4º, como instrumento que procura dar coerência à sustentação do princípio constitucional de relações exteriores em pauta e que, por isso mesmo, possibilita ao Brasil intervir no âmbito da comunidade internacional não apenas para defender a assunção de tal princípio, mas também para, em um estágio já mais avançado, dar-lhe materialidade efetiva” (*Constituição e relações exteriores*, p.162).

³⁶ Antonio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos*, p.631.

³⁷ Sobre o tema, afirma José Joaquim Gomes Canotilho: “Ao apontar para a direção material, o critério em análise coloca-nos perante um dos temas mais polêmicos do direito constitucional: qual é o conteúdo ou matéria da Constituição? O conteúdo da Constituição varia de época para época e de país para país e, por isso, é tendencialmente correto afirmar que não há reserva de Constituição no sentido de que certas matérias têm necessariamente de ser incorporadas na Constituição pelo Poder Constituinte. (p.68)

Vale ressaltar que a Constituição não se completa com suas diretrizes e linhas básicas. Essa lacuna é que permite sua flexibilidade fundamental ao contínuo desenvolvimento político.

Quanto a este caráter aberto da cláusula constitucional, José Afonso da Silva nos ensina que a circunstância de a Constituição admitir outros direitos e garantias não constantes no §2º, art.5º, declara que os direitos e garantias previstos neste artigo não excluem outros originados dos princípios e do regime dotado pela Constituição e dos tratados Internacionais em que o Brasil seja parte.³⁸

Para ele, os direitos individuais podem ser divididos em três grupos: os direitos individuais expressos, constantes do art. 5º; os direitos individuais implícitos, subentendido nas regras de garantias, como o direito à identidade; e por fim, o grupo dos direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil.³⁹

A crítica pertinente à essa classificação se faz com relação a equiparação feita pelo autor, dos direitos decorrentes dos tratados internacionais aos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Estes não são nem explícitos nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a prover do regime adotado, sendo de difícil caracterização *a priori*. O mesmo não se pode afirmar quanto aos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. Estes são expressos, enumerados e claramente elencados.⁴⁰

Para lembrar, a Carta Magna recepciona os direitos elencados em tratados internacionais de que o Brasil faz parte, atribuindo-lhes natureza de norma constitucional. Ou seja, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o rol de direitos constitucionalmente previstos.

Com relação aos demais tratados internacionais, que não versam sobre os direitos humanos, temos uma hierarquia infraconstitucional extraída do artigo 102, III, b da Constituição/88, delegando poder ao STF para julgar mediante recurso extraordinário a “inconstitucionalidade dos tratados”.

Defende-se, desta forma, que os tratados tradicionais têm hierarquia infraconstitucional, porém supralegal, seguindo o princípio da boa-fé, disposto no Congresso de Viena, evitando assim que qualquer Estado invoque disposições internas para o não cumprimento do tratado.

³⁸ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional positivo*, 6. ed., p. 174.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7 ed., p. 57.

Ainda sobre a hierarquia dos tratados internacionais tradicionais, o STF, desde 1977, equipara juridicamente os tratados à Lei federal. Com isso aplica-se o princípio segundo o qual a norma posterior revoga a anterior se com ela for incompatível.⁴¹

A teoria kelseniana era a defendida pelos internacionalistas brasileiros e geralmente aceita pelos Tribunais até 1977. De acordo com tal tese, a ordem jurídica interna deriva da ordem jurídica internacional como sua delegada. Resistiu até então, quando naquele ano o Recurso Extraordinário nº 80.004, alterou o ponto de vista da Suprema Corte, admitindo a derrogação de um tratado por lei posterior.

Apesar de muitas discussões, Celso D. Albuquerque Mello leciona que no referido Recurso Extraordinário o STF estabeleceu que uma lei posterior revoga o tratado anterior, violando desta maneira a Convenção de Viena que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente.⁴²

O entendimento firmado pelo citado julgamento demonstra total indiferença com relação às consequências do não cumprimento do tratado no plano internacional, ao passo que autoriza o país signatário a transgredir dispositivos da ordem internacional. Afrontando o disposto no art. 27 da Convenção de Viena, o Estado não pode invocar direito interno posterior para justificar o descumprimento do tratado. Reitera ainda, o art. 27, a importância da aplicação do princípio da boa-fé, aonde cabe ao Estado cumprir as disposições com as quais livremente consentiu. Logo, se o signatário exercendo sua soberania ratifica um tratado, não pode posteriormente evitar seu cumprimento.

Sendo assim, inexistindo a denuncia, ato pelo qual implica na retirada do Estado-membro, persiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional.

Mesmo com essa paridade definida pelo STF em 1977, entre os tratados e a lei federal, em 1995, no julgamento de um *habeas corpus*, o mesmo tribunal, ao analisar a questão da inserção do Pacto de São José da Costa Rica no Direito brasileiro, decidiu por rejeitar tal paridade, afirmando, entre outras coisas, que inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer

⁴¹ “Quanto aos tratados em geral, a doutrina e a jurisprudência têm entendido, não sem hesitações, que o tratado e a lei estão no mesmo nível hierárquico, ou seja, que entre aquela e este se verifica uma paridade que funciona a favor da lei. De fato, a lei não pode ser afastada por tratado com ela incompatível; mas se ao tratado se suceder uma lei que burla com ele, essa lei não o revoga, em sentido técnico, o tratado, mas afasta a sua aplicação, o que quer dizer que o tratado só se aplicará se e quando aquela lei for revogada” (*Manual de Direito Internacional Público*, p.103).

⁴² Celso D. Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, p.70.

precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo à Constituição da República, que a circunstância do Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica – cuja posição hierárquica de equiparação às leis ordinárias internas – não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual, que a indiscutível supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais, além de traduzir um imperativo que decorre de nossa própria Constituição (art. 102, III, b), reflete o sistema que, com algumas poucas exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado.⁴³

Tal posição é diversa da aqui defendida, pois em conformidade com a CF/88, a hierarquia que é aplicada após tratados internacionais de direitos humanos, é a constitucional, nunca deixando de observar o princípio da prevalência da norma mais favorável. Entendimento harmônico, sobretudo, com relação ao valor prestigiado constitucionalmente da dignidade humana.

Distinguindo-se dos tratados internacionais comuns, os tratados de direitos humanos merecem ter a atenção redobrada com relação à sua hierarquia constitucional, superior à legislação federal, objetivando o resguardo dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados.⁴⁴ Pode-se dizer que ao ser signatário de um tratado versando sobre os direitos humanos, o Estado passa a assumir obrigações com relação aos seus indivíduos e não a outro Estado.

Os argumentos apresentados nos permitem dizer que o Direito brasileiro optou por um sistema misto disciplinador dos tratados internacionais. Um regime aplicado aos tratados de direitos humanos, que por força do art.5º, §2º apresentam uma hierarquia constitucional, e um outro regime aplicado aos demais tratados internacionais possuidores de hierarquia infraconstitucional.

⁴³ Trechos extraídos do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 72.131-RJ, em 22.11.1995.

⁴⁴ No mesmo sentido argumenta Juan Antonio Travieso: “Os tratados modernos sobre direitos humanos em geral e, em particular, a Convenção Americana não são tratados multilaterais do tipo tradicional, concluídos em função de um intercâmbio recíproco de direitos, para o benefício mútuo dos Estados contratantes. Os seus objetivos e fins são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto em face do seu próprio Estado, como em face de outros Estados contratantes. Ao aprovar esses tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob sua jurisdição. Logo, a Convenção não vincula apenas Estados-partes, mas outorga garantias às pessoas. Por este motivo, justificadamente, não pode ser interpretada como qualquer outro tratado” (*Derechos Humanos y Derecho Internacional*, p.90).

É certo que a discussão no âmbito da relação entre o direito internacional e o direito interno do Estado pressupõe, como já visto, o exame da relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição.

Focando ao debate na hierarquia derivada da receptividade dos tratados internacionais que versam exclusivamente sobre direitos humanos, com as especificidades do art.5º, §2º, podemos sistematizar quatro correntes principais, quais sejam: a) o reconhecimento da natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos⁴⁵; b) atribuição de caráter constitucional a esses diplomas internacionais⁴⁶; c) o reconhecimento do *status* de lei ordinária⁴⁷; e d) atribuição de caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos.⁴⁸

A primeira corrente defende o status supraconstitucional dos tratados internacionais defensores dos direitos humanos.

Para Celso de Albuquerque Mello, defensor desta tese, as normas constitucionais não teriam poderes revogatórios em relação às normas internacionais, nem mesmo uma emenda constitucional suprimiria a norma internacional de direitos humanos, aplicada internamente.

A dificuldade se encontra na adequação da tese à realidade dos Estados erguidos em sistemas baseados no princípio da supremacia formal e material da Constituição, criando obstáculos inclusive ao controle da constitucionalidade desses tratados internacionais.

Os tratados e convenções devem ter observado em suas celebrações, o procedimento formal descrito na Constituição⁴⁹, assim como com relação ao conteúdo material.

⁴⁵ Cfr.: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *O §2º do art. 5º da Constituição Federal*. In: Torres, Ricardo Logo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp.25-26.

⁴⁶ Cfr.: CANÇADO, Antonio Augusto Trindade. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, nº 113-118, 1998. pp. 88-89; e PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p.83.

⁴⁷ Cfr.: RE nº 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 29.12.1977

⁴⁸ Art. 25 da Constituição da Alemanha; art.55 da Constituição da França; art. 28 da Constituição da Grécia.

⁴⁹ A aplicabilidade dos preceitos internacionais somente é possível a partir do momento em que cumpridos os requisitos solenes para a sua devida integração à ordem jurídico-constitucional, a saber: i) celebração da convenção internacional; ii) aprovação pelo Parlamento; e iii) a ratificação pelo Chefe de Estado – a qual se conclui com a expedição de Decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional, que, somente a partir desse momento, passa a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.

A equiparação entre Constituição e tratado encontraria resistência já na própria competência do STF ao exercer o controle das regularidades formal e material desses diplomas internacionais. Apesar desse tipo de controle exercido internamente, as decisões aqui tomadas com relação à possível inconstitucionalidade não terão nenhuma repercussão no Direito Internacional.

Como prudência, e analisando o histórico dos tribunais estrangeiros, deve evitar declarar a inconstitucionalidade dos atos internacionais

Uma solução para esse impasse seria a aplicação de uma espécie de controle prévio, com o qual a ratificação do tratado por parte de um Estado poderia ser impedida ou desaconselhada, oferecendo ao Poder Executivo possibilidade de negociação ou aceitação com reservas.

Com isso, tendo em vista todos os contratempos de uma eventual supremacia dos tratados de direitos humanos na hierarquia constitucional, há defensores do posicionamento que sustenta que os referidos tratados possuiriam estatuta constitucional.

Como visto anteriormente, estes entendem o §2º do art. 5º, CF/88, como sendo uma cláusula aberta de recepção de outros direitos dispostos em tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Dessa forma, realizada a incorporação de tais direitos, a Carta Magna lhes confere a hierarquia de norma constitucional. Além disso, o §1º, do art. 5º, garantiria a tais normas a aplicabilidade imediata nos planos nacional e internacional, a partir do ato de ratificação.

Esta hierarquia constitucional seria garantida aos tratados de direitos humanos, enquanto que os demais tratados de direito internacional possuiriam apenas uma hierarquia infraconstitucional.

Essa tese dirime eventuais conflitos entre os tratados e a constituição através da aplicação da norma mais favorável à pessoa, possuidora do direito, tarefa que seria de competência dos tribunais nacionais e outros órgãos de aplicação do direito.⁵⁰

Com isso, teríamos uma constante interação entre o Direito Interno e o Direito Internacional na proteção dos direitos e interesses do indivíduo.

Flávia Piovesan e Antonio Augusto Cançado Trindade são alguns dos defensores brasileiros desta tese, entendendo que os §§ 1º e 2º do art. 5º da CF/88,

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. *A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. In: *Temas de Direitos Humanos*. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad; 2003, pp. 44-56.

dispõem as garantias da aplicabilidade direta e do caráter constitucional dos tratados de direitos humanos do qual o Brasil faz parte.

Defendendo esta tese temos que a intenção dos parágrafos 1º e 2º do art.5º como sendo de aplicação imediata das normas internacionais de proteção aos direitos humanos a nível constitucional. É desta forma, desde a promulgação da presente Carta, podendo afirmar que a tese de equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional, não só representa uma escolha equivocada por uma tese anacrônica, já deixada de lado em alguns países, como também representa contrariedade ao disposto no art. 5º, §2º.

Toda argumentação apresentada por esta tese, a fim de conferir aos direitos humanos status constitucional, fica obsoleta quando da promulgação da Emenda Constitucional nº45/2004, incorporando ao artigo 5º, o §3º, na seguinte forma: *“os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”*

Na prática, temos uma declaração de que os tratados já ratificados pelo Brasil, antes da Emenda Constitucional, e não submetidos ao sistema de processo legislativo descrito, não poderão ser comparados às normas constitucionais.

Igualmente, a reforma acaba por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados internacionais, atribuindo-lhes um lugar privilegiado em nosso ordenamento jurídico.

Essa mudança vem, também, afastar a tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, que tem sido difundida pela jurisprudência do STF, desde o julgamento do RE nº 80.004/SE, de 1977.

Com o advento da Emenda 45, a tese que defende o tratamento dos tratados de direitos humanos tal como os outros tratados internacionais e a sua concepção como lei ordinária é afastada ainda mais.

Esta tese passou a ser adotada com o julgamento do RE 80.004/SE, de 1977. A maioria dos Ministros entendeu que o ato normativo internacional poderia ser modificado por lei nacional posterior, entendendo também que eventuais conflitos entre duas disposições normativas devem ser dirimidos com a mesma regra

geral a fim de solucionar antinomias normativas num mesmo grau hierárquico: a lei posterior revogando a lei anterior.

Em 1995, a matéria foi novamente discutida no HC 72.131/RJ, reafirmando-se o posicionamento de outrora, assim como em outros julgados posteriores.

Analizando a maior abertura constitucional ao Direito Internacional, podemos apresentar quatro disposições que podem levar a uma mudança de pensamento.

A primeira cláusula encontra-se no parágrafo único do artigo 4º, que dispõe: *“a Republica Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”*. Vemos aqui uma clara opção do constituinte na inserção do Brasil em organismos supranacionais.

A segunda cláusula consta do §2º, do art.5º, estabelecendo que os direitos e garantias expressos na Constituição *“não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a Republica Federativa do Brasil seja parte”*.

As duas últimas cláusulas são as acrescentadas pela Emenda Constitucional, EC, nº. 45/2004, com seus parágrafos 3º e 4º, do artigo 5º, que remetem *respectivamente “aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” e “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”*.

As mudanças deste pensamento já se fazem presentes em alguns países da América do sul, como Paraguai e Argentina, porém aqui no Brasil a mudança caminha a passos lentos, porém no sentido de uma revisão jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

A falha na tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos mesmo antes da EC 45/2004, como demonstrado por Cançado Trindade.⁵¹

Importante lembrar que a tese da legalidade ordinária, quando permite ao Brasil o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai contra os

⁵¹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. In: Arquivos de Direitos Humanos 1. Rio de Janeiro: Renovar; 1999, p. 46-47.

princípios internacionais da Convenção de Viena, de 1969, que em seu art. 27 dispõe que nenhum Estado pactuante *“pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”*.

Seguindo com as teses defendidas, a que parece ser mais consistente é a que atribui característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Aqui teríamos, de um lado, a infraconstitucionalidade dos tratados sobre direitos humanos, mas devido ao seu caráter especial em relação aos demais tratados internacionais, também seriam dotados da supralegalidade.

Ou seja, os tratados de direitos humanos não enfrentariam a Constituição, mas teriam um lugar especial no ordenamento jurídico. Sendo, desta forma, inviável compará-los à legislação ordinária, para não subestimar o valor especial dos tratados de direitos humanos.

O ministro Sepúlveda Pertence ventilou esta tese no julgamento do RHC nº. 79.785-RJ, em março de 2000, realçando a possibilidade de considerar os tratados de direitos humanos como documentos supralegais.

Sendo assim, diante do caráter especial dos tratados internacionais de direitos humanos, entendemos que a sua recepção no ordenamento jurídico, através do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem a intenção de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Com isso, conclui-se que continuando a Constituição com sua supremacia sobre os atos normativos internacionais, a prisão civil do depositário infiel, pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art.11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (artigo 7º) deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que rege a matéria.

Devido ao caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada, situação em que se insere o artigo 652 do Código Civil de 2002.

Diante do exposto, concluímos que, desde a entrada do Brasil, em 1992, como país signatário do Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, não há base legal para aplicação da

parte final do artigo 5º, LXVII da CF/88, isto é, não há previsão legal para a prisão do depositário infiel.

Ainda assim, fica à opção do legislador constitucional submeter referidos Pactos ao procedimento especial de aprovação previsto na EC 45/2004, para desta forma poder conferir-lhes status de emenda constitucional.

4.2. Posicionamento antigo e atual do Supremo Tribunal Federal sobre o depositário infiel e o devedor inescusável de prestação alimentícia.

De uma forma mais simples e objetiva, a hipótese de prisão civil do devedor inadimplente e inescusável de prestação alimentícia é a única em que não há controvérsia sobre sua legalidade e cabimento.

É de conhecimento geral que o devedor de alimentos poderá ter sua prisão decretada pelo Juiz, por alguns motivos elencados durante o trabalho.

Além de constar determinação expressa, tanto na Constituição, em seu art.5º, LXVII, quanto no Código de Processo Civil, art.733, os Pactos Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 11, e São José da Costa Rica, artigo 7º, §7º, dispõem no mesmo sentido: *“ninguém deve ser detido por dividas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”*.

Ou seja, além de largo e diverso aparato legal, a dívida alimentar tem em sua própria natureza, fundamento para a aplicação da sanção civil da prisão.

Esse tipo de inadimplemento está transcrito em uma exceção à regra, porque a natureza desta obrigação está vinculada à natureza jurídica alimentar. Com isso, o não cumprimento com essa obrigação, durante os três meses citados na Lei, irá atingir direitos do alimentado, severamente defendidos na seara dos direitos humanos, quais sejam o da assistência familiar e o da dignidade humana. Logo, não há outra alternativa ao alimentante, a não ser pagar o que deve, para que o alimentado tenha as mínimas condições para sua sobrevivência digna e decente. Caso não o faça, o devedor poderá ter seu direito à liberdade cerceado, sendo-lhe cominada a pena da prisão civil.

Alguns posicionamentos de nossos tribunais retratam bem a situação exposta. Um acórdão do Rio Grande do Sul é do seguinte entendimento: *“A prisão civil, como meio coercitivo de pagamento de pensão alimentícia, não se justifica na*

cobrança de prestações passadas e de cujo recebimento o credor não necessita pra sobreviver” (TJRS, 4ªCC, 17.03.1982).

Outro acórdão do Tribunal do Paraná é no mesmo sentido:

“A prisão civil decorrente do inadimplemento de prestação alimentícia tem por escopo fundamental forçar o devedor a suprir necessidade atual do alimentado. Assim, a custódia determinada em execução alimentícia pretérita é ilegal, porque cuida-se, aí, de cobrança de crédito patrimonial que perdeu sua função de garantia da sobrevivência.

(...) Em relação a esses pagamentos pretéritos, vem se pacificando a jurisprudência, no sentido de que se caracteriza como ilegal o constrangimento imposto pela prisão civil, visto que esta somente tem lugar quando os alimentos reclamados se destinam a suprir necessidade atual e não a que o tempo superou.

(Ac. 5293, 3ª CC, TJPR, rel. Des. Silva Wolff)

O posicionamento do nosso Supremo Tribunal Federal sempre foi no sentido do cabimento da prisão civil por dívida alimentar, e assim persiste até hoje.

Já o caso da prisão civil do depositário infiel é uma questão bastante controversa há muito tempo.

Para se ter uma idéia, esta modalidade de prisão civil era ponto pacífico com relação ao seu cabimento, e veio se transformando com o passar dos tempos. O advento do Pacto de São José da Costa Rica, versando sobre a proteção dos direitos humanos, foi um fator que colaborou bastante, se não foi o principal, para a mudança dessa mentalidade, deixando-nos a esperança de que um dia este tipo de prisão seja abolido definitivamente de nosso ordenamento jurídico.

Como ilustração do pensamento de nosso Supremo Tribunal, trazemos à baila alguns trechos de ementas e acórdãos proferidos pelo Tribunal Maior.

O Recurso Extraordinário nº. 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque nos mostra posição do Supremo acerca da legalidade ordinária dos tratados internacionais de direitos humanos:

“(...) Como autorização dessa natureza, segundo entendo, não figura em nosso direito positivo, pois que a Constituição não atribui ao judiciário competência, seja para negar aplicação a leis que contradigam tratado internacional, seja para anular, no mesmo caso, tais leis, a consequência, que me parece inevitável, é que os Tribunais estão obrigados, na falta de título jurídico para proceder de outro modo, a aplicar as leis incriminadas de incompatibilidade com tratado. Não se diga que isso equivale a admitir que a lei posterior ao

tratado e com ele incompatível reveste eficácia revogatória deste, aplicando-se, assim, para dirimir o conflito, o princípio “lex posterior revogat priori”. A orientação, que defendo, não chega a esse resultado, pois, fiel à regra de que o tratado possui forma de revogação própria, nega que este seja, em sentido próprio, revogado pela lei. Conquanto não revogado pela lei que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação. A diferença está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória. Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis, voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas.”

Uma mudança de pensamento já podemos observar na tese defendida pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do RHC nº. 79.785 – RJ:

“Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo o compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMc 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis.

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (...).

Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art.5º, §2º da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.” (RHC nº. 79.785-RJ DJ 22.11.2002).

Apesar de alguns tribunais estaduais acolherem o entendimento de que, no momento é devido o afastamento do cabimento da prisão civil do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal não acompanha por enquanto este posicionamento.

Serão apresentados alguns trechos de acórdãos nos quais veremos a posição jurídica acerca da prisão civil, em questão.

HC 519.368/6 – SP.

“Na realidade, a norma constitucional invocada, é regra de exceção, razão porque reeditada com aquela supressão, não mais se vocaciona a abarcar a inteligência de seu recomposto texto, hipótese descompromissada com o elastério de sua antiga prescrição, até porque, na advertência de Carlos Maximiniano, interpretam-se restritivamente as disposições instituidoras de exceções às regras gerais firmadas pela Constituição”

HC 544.695/7, São Paulo.

“Consta mais nos julgamentos recentes do STJ, que a excepcionalidade da prisão civil por dívida é limitada aos casos em que está em perigo um valor superior ao próprio valor da liberdade, ou seja, o direito à vida, nos casos da obrigação alimentícia e o respeito à confiança e a boa-fé empenhadas na guarda de coisa alheia, nos casos de depositário infiel. Impende, toda via, neste segundo caso, que se cuida de depósito regular, propriamente dito, aquele previsto no Código Civil (artigo 1287), sob pena de, em ampliando a compreensão do contrato de depósito ou mesmo equiparando “depósitos” por dívidas, em surpreendente retrocesso aos tempos mais primevos do direito romano. A manus injectiu. As leis restritivas aos direitos, liberdades e garantias não podem diminuir a extensão e o alcance dos preceitos constitucionais”.

Magistrado Franco de Godoy, AI 1º TAC 536.643-8, Comarca de Andradina.

“Toda e qualquer norma jurídica que disponha a respeito da liberdade de um cidadão deverá ser interpretada de maneira a não restringir o exercício desse direito. E esse alcance deverá ser dado ao inciso LXVII do artigo 5º da Consituição Federal que proíbe a prisão civil por dívida, excetuando-se as hipóteses de inadimplemento de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

(...)

“Cuidando-se da restrição à liberdade do cidadão, qualquer interpretação que amplie a abrangência de exceção contida no cânone constitucional citado, viola-o sobremaneira.

De todo descabida a equiparação do alienante, ou seja, o proprietário fiduciante, ao depositário, pois seu direito expectativo da mesma natureza do direito expectado.”

(...)

“Sendo, pois o devedor (alienante) proprietário, incabível a sua equiparação ao depositário, por mais limitado que sejam seus direitos sobre o bem.”

Voto proferido pelo Ilustre Juiz Ademir de Carvalho Benedito (apelação 515.807/2).

“A regra legal que estabelece a prisão para a hipótese de descumprimento dessa obrigação contratual está revogada, em função de ter o Brasil aderido ao Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos adotado pela XXI sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e que passou a vigorar como lei em nosso país a partir do Decreto Presidencial 592, de 06 de Julho de 1992, editado com amparo no artigo nº 84 inciso VII, da atual Constituição Federal, e que por dispositivo nela próprio contido, erige-se como garantia constitucional (CF, artigo 5º, § 2º).

E o artigo 11 do mencionado Pacto diz... “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

(...)

“Diante destes textos legais, de alcance constitucional inclusive, fica definitivamente afastada a possibilidade de prisão em decorrência da não entrega do bem, em ação de depósito, remanescendo a obrigação civil de sua entrega física, ou de seu equivalente em dinheiro, com possibilidade de execução pelo valor devido (quantia certa).

HC 75.900 – MG, relator Ministro Ilmar Galvão.

“Hábeas-corpus. Prisão civil. Depositário infiel. Penhor mercantil. Ação de depósito.

As mercadorias dadas em penhor mercantil ao banco, em razão de contrato de abertura de financiamento, foram transferidas para a posse do paciente, como fiel depositário, com as obrigações e responsabilidades inerentes a essa condição e com expressa vedação de não dispor dos referidos bens a qualquer título, até que fossem cumpridas todas as obrigações assumidas. A falta de entrega dos objetos dados em garantia faz caracterizar a infidelidade do depositário, que fica sujeito às sanções previstas.”

Supremo Tribunal Federal, Ministro Marco Aurélio, HC 79.010 – PR:

“Do rol das garantias constitucionais vem-nos a regra segundo a qual “não haverá prisão por dívida (...)”. As exceções, contempladas em preceito exaustivo da própria Carta da República – e, portanto, imunes à atuação do legislador ordinário – correm à conta do inadimplemento voluntário inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel, de modo que não abrangem a situação daquele que deixou de solver dívida concernente a contrato de compra e venda.

Vale frisar que o Brasil, ao subscrever o Pacto de São José da Costa Rica, situado no mesmo patamar da legislação ordinária, veio a derrogar o Código Civil, o Código de Processo Civil e, com maior razão, o Decreto Lei 91/69, alterado pelo artigo 4º da Lei 6.071/74,

no que disciplinavam matérias estranhas à prestação alimentícia. Fosse possível lançar, para concessão da liminar um argumento metajurídico, assim vislumbrado ao menos nesse primeiro exame, diria do quadro teratológico de ter-se, relativamente a um fusca 1600, fabricado em 1995, dívida a alcançar preço de automóvel importado ou de veículo de luxo nacional novo, ou seja, R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). “Algo errado parece haver nessa equação, quando se percebe, segundo os dados da inicial, que o valor do financiamento foi da ordem de R\$ 3.000,00 (três mil reais)”.

Por todas essas razões, conheço dos embargos e os acolho, para me filiar ao entendimento expresso no r. acórdão paradigma e considerar ilegal o decreto de prisão civil do alienante fiduciário.”

Relator Ministro Moreira Alves, RE 200.385-9/RS:

“Recurso extraordinário. Alienação Fiduciária em garantia. Prisão Civil.

Esta Corte, por seu Plenário, firmou entendimento de que em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do Artigo 5º, LXVII da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais e especiais sobre prisão civil do depositário infiel”.

Apelação Civil 192240448, Desembargador Jorge Alcebiades Perrone de Oliveira:

“Prisão civil. Após a vigência da Constituição de 1988, descabe a prisão civil em situações que são meras equiparações legais à figura do depositário. Inexistindo depósito e sim mera equiparação contratual, descabe a cominação de prisão. Precedentes do STJ. Concessão de habeas-corpus, de ofício, para retirar a cominação de prisão (TARGS 85/308)”.

O acórdão a seguir retrata o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, esposada no voto do Ministro Adhemar Maciel, a equiparação do devedor fiduciante ao depositário infiel é completamente abolida e afastada juntamente com a possibilidade da cominação da prisão civil como pena por inadimplemento contratual.

CONSTITUCIONAL. PRISÃO CIVIL. "HABEAS CORPUS". ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 66 DA LEI Nº 4.728/65, ALTERADO PELO DECRETO-LEI Nº 911/69, EM FACE DO ART. 5º, LXVII, DA CONSTITUIÇÃO EM VIGOR. CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA FIRMADA AO TEMPO DA ORDEM CONSTITUCIONAL CADUCA (ART. 153, PARÁG. 17).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I – [...]. II – O instituto da alienação fiduciária em garantia se traduz em uma verdadeira "aberratio legis": o credor fiduciário não é proprietário; o devedor-fiduciante não é depositário; o desaparecimento involuntário do bem fiduciado não segue a milenar regra da "res perit domino suo". Talvez pudesse configurar em "penhor sine traditione rei", nunca em "depósito". O legislador ordinário tem sempre compromisso com a ordem jurídica estabelecida. Na verdade, o que a lei (Decreto-Lei nº 911/69, ao alterar o art. 66 da LMC) fez foi reforçar a garantia contratual mediante prisão civil, o que contraria toda nossa tradição jurídica, que tem raízes profundas no sistema jurídico ocidental. A "prisão civil por dívida do depositário infiel" do art. 5., inciso LXVII, da Constituição, só pode ser aquela tradicional (CC, art. 1.265). III - Recurso ordinário conhecido e provido. (STJ – RHC 4288/RJ – Min. Adhemar Maciel – 6ª Turma – j. 13/03/1995).

Como vimos a prisão civil do devedor fiduciário foi afastada de plano pelo nosso STJ, assim como a decisão do STF. Já com relação ao depositário infiel a estrada nos parece um pouco mais longa, mas perto do fim. Este último acórdão a ser apresentado ainda considera devida a prisão do inadimplente contratual:

PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL. BENS PENHORADOS QUE NÃO FORAM ENCONTRADOS NA SEDE DA EMPRESA. ARREMATACÃO EM HASTA PÚBLICA EM OUTRA EXECUÇÃO. DEPOSITÁRIO QUE INTIMADO DEIXA DE INFORMAR AO JUÍZO. DESÍDIA. QUITAÇÃO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO POR COMPENSAÇÃO. PROVA DA HOMOLOGAÇÃO POR PARTE DA FAZENDA. INEXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INVIABILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA NA SEDE ESTREITA DO MANDAMUS. ORDEM DENEGADA. 1. A prisão civil é admitida no sistema legal nacional unicamente nas hipóteses excepcionais previstas no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. 2. Intimado pessoalmente, deixou o depositário de apresentar ao juízo os bens penhorados ou a informação de que parte deles teria sido arrematada em hasta pública. 3. Alegação de quitação do débito tributário por meio de compensação com título da dívida pública de 1910 que não está acompanhada de prova da homologação ou aceitação por parte do Fisco. 4. Ausência de prova pré-constituída capaz de ensejar o reconhecimento, de plano, da ilegalidade do decreto prisional. 5. Impossibilidade de dilação probatória na via estreita do hábeas corpus, em razão da especialidade do rito. 6. Ordem denegada.

O Tribunal de Justiça de São Paulo nos colaciona alguns acórdãos com posições acatando o afastamento da possibilidade da aplicação da prisão civil ao depositário infiel. Alguns deles são as Apelações nº. 613.053-8 e 601.880-4.

Como apresentado, o STF não divide deste pensamento, mas temos algumas esperanças com relação ao Ministro Carlos Velloso, para quem a prisão civil do devedor fiduciante é uma violência à constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica, que está incorporado ao direito interno.

Se pararmos para analisar a evolução histórica do pensamento jurídico de nossos mais altos tribunais e de suas respectivas jurisprudências, veremos que ainda nos resta uma luz no fim do túnel, pois se a posição de vanguarda era no sentido de cumprir às cegas o que estava disposto em nossa Constituição, hoje, ainda mais com o advento da Emenda 45/2004, também conhecida como Reforma do Judiciário, temos visto os Tribunais voltados à preocupação de resguardar os direitos humanos tutelados não só em nossa Constituição, mas também nos tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Essa mudança deve ser encarada com bons olhos, pois se realmente, o pensamento de nossos tribunais evoluir e sua jurisprudência for atualizada, poderemos um dia, alcançar o principal objetivo esculpido na nossa Constituição Cidadã de 1988, a defesa das prerrogativas dos direitos humanos aplicada à nossa sociedade.

E nesta esteira de pensamento, temos o voto do Ministro Gilmar Mendes, que o concluindo no Recurso Extraordinário 466.343-1, de São Paulo, entende que com a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, dos Pactos Internacionais de Direito Civil e Políticos e São José da Costa Rica, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel. Isto porque tais tratados possuem características especiais e têm lugar especial reservado no ordenamento interno. Abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna, com uma característica supralegal, tornando assim inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante.

Além de criticar a violação ao princípio da proporcionalidade, frisou que a evolução jurisprudencial sempre marcou qualquer jurisdição de perfil constitucional. A mutação não reconhece erros em julgados pretéritos, mas, sim, adapta a Constituição às várias interpretações e necessidades de uma sociedade complexa e diversificada.

Termina dizendo que a prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores do Estado Constitucional, em virtude principalmente da

efetiva proteção aos direitos humanos, demonstrando confiança de que o espírito da Corte está mais do que nunca, preparado para essa atualização jurisprudencial.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, podemos concluir que a prisão civil por dívida só pode ser admitida no caso restrito do devedor inescusável e inadimplente de obrigação alimentícia, pois afronta os mais mezinhos princípios de direitos humanos, tais como a liberdade e dignidade humana, que se sobrepõe com relação a todas outras argumentações favoráveis.

Fazendo um breve estudo dos institutos do depósito civil e da alienação fiduciária, podemos ver no que se assemelham e onde se diferem, analisando de forma clara, não mais ser cabível aplicação da prisão civil no caso equiparado do alienante fiduciário, por completa falta de amparo legal, mesmo existindo ainda uma pequena corrente que prefere ignorar as mudanças.

Ao analisar a prisão por dívida no Brasil, vimos que hoje em dia, as hipóteses constitucionais se constituem de 2 institutos, com o devedor inescusável e inadimplente de obrigação alimentícia e o depositário infiel. O devedor de pensão tem amparo constitucional e até mesmo internacional, conforme disposto no Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, Neste Pacto ficou definido que só seria admitida a hipótese de aplicação da prisão como sanção civil, em caso do devedor de alimentos, portanto não temos outra alternativa a não ser acatar esse entendimento doutrinário e jurisprudencial, único hoje em dia pacífico, com relação à discussão do cabimento da prisão civil.

Ao refletimos sobre a outra hipótese constitucional, qual seja, a do depositário infiel, podemos dizer que nem a doutrina, nem a jurisprudência são pacíficas, no que diz respeito ao seu cabimento.

Possui dispositivo permissivo constitucional e infraconstitucional, porém encontra forte base fundamental, para defender a não aplicação da pena em seu caso específico.

O Pacto de São José da Costa Rica, como vimos só admite a hipótese da prisão civil, no caso do devedor de alimentos, e em nenhum caso a mais.

Além disso, como versa sobre direitos internacionais humanos, o mesmo tem receptividade especial em nosso ordenamento jurídico, trazendo consigo direitos e garantias fundamentais do cidadão, prezando mais uma vez pela liberdade e dignidade humana.

Outro ponto que deve ser levado em conta é a desproporção da aplicação da prisão civil como sanção a um inadimplemento contratual.

Indo contra o princípio da proporcionalidade, execução de tal dívida, deve recair sobre o patrimônio do autor, não sendo admissível que a pena recaia, como explanado, sobre a pessoa do inadimplente, ferindo desta forma os princípios axiológicos de qualquer cidadão, que encontra defesa na Constituição.

Por ser de natureza civil e contratual, para que se alcance o objetivo da execução, que normalmente é a entrega do bem, sua restituição, não se faz necessário que se prive a liberdade do inadimplente, e nem que o coloque em situação semelhante a de criminosos, jogados e marginalizados pelo Estado, sem qualquer possibilidade de reinserção social, atacando sua dignidade humana.

A tese que defende o não cabimento da prisão civil com relação ao depositário infiel, a ataca por 2 vertentes.

A primeira delas diz respeito a ofensa ao princípio da proporcionalidade na aplicação da pena. No processo executório temos vários outros meios para a garantia do direito do credor-fiduciário, sendo que a aplicação da prisão civil não passaria no exame da proporcionalidade, indo contra a proibição de excesso em suas três vertentes: adequação, onde as medidas intervenientes têm de serem aptas a atingir o objetivo pretendido, o que se vê clara violação; necessidade, que implica na utilização do meio menos gravoso para atingirmos de forma eficaz a consecução dos objetivos almejados; e a proporcionalidade em sentido estrito, onde temos que a principal crítica a ser feita é realmente a desproporção entre fim e meio aplicados para a garantia de um direito alheio.

A outra tese trata da incorporação dos referidos tratados internacionais de direitos humanos em nosso ordenamento jurídico.

Essa discussão se faz pertinente, ainda mais agora, com a nova tendência do Supremo Tribunal Federal, em rever sua jurisprudência no sentido de declarar a ilegalidade da prisão do depositário infiel. Se faz pertinente porque são referidos tratados que embasam a presente tese. Embasam na medida em que trazem consigo dispositivos de cunho constitucional internacional, a fim de nos mostrar que realmente só é devida a prisão civil do devedor de alimentos porque, como o nome já diz, referida prestação tem natureza jurídica de caráter alimentar, deixando o alimentado sem a devida assistência familiar, também garantia dos direitos humanos. Em contrapartida aceitar o cabimento da prisão civil por simples

inadimplemento contratual não nos parece o entendimento mais sensato e inteligente.

Como portadores de direitos humanos e sendo o Brasil signatário de referidos tratados internacionais, a discussão passa a ser sobre como tais direitos devem ser incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, que será fundamental para a discussão do cabimento ou não da aplicação da prisão civil, em tela.

Os tratados internacionais de direitos humanos poderiam ter status de preceito constitucional e, dessa forma, a prisão civil do depositário infiel seria considerada inconstitucional. Seria desta forma porque os tratados seriam equiparados à norma constitucional e, junto com eles, a disposição que permite apenas a prisão civil do devedor alimentar iria prevalecer, pois prevaleceria sobre as demais disposições infraconstitucionais, afastando de vez o cabimento de referida prisão civil. Esta tese teve um duro golpe com a entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004. Esta emenda até confere status de emenda constitucional aos direitos humanos internacionais recepcionados pelo Brasil. Ocorre que, para tal, necessita de medida especial de votação nas casas do Congresso. Como entrou em vigor em 2004 e o Pacto ratificado em 1992 não passou por esse crivo, não podendo ter o caráter de emenda constitucional.

Outra forma de recepção defendida é a equiparação de referidos tratados à lei ordinária. Com esse status a prisão civil do depositário infiel e de seus equiparados seria ilegal. A grande crítica aqui é que os tratados internacionais ficariam a mercê das leis ordinárias que viessem após sua recepção, pois, em caso de conflito, o que seria utilizado é o princípio que diz que a lei posterior revoga a anterior, e assim o país não cumpriria, ou até mesmo revogaria, sua adesão ao tratado internacional, o que só pode ser feito através de denúncia, por parte de um dos Estados membros.

Outro status defendido por alguns é o da supraconstitucionalidade desses tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico. Os defensores desta tese pregam a existência de um Direito Constitucional Internacional, com a prevalência dos direitos humanos sobre todo e qualquer outro Direito nacional.

A quarta e última forma de recepção seria a aplicação do status abaixo das normas constitucionais, porém acima das leis ordinárias, assim teriam sua eficácia imediata e não transgrediriam qualquer norma constitucional.

Podemos afirmar, então, que a posição do Poder Judiciário com relação à natureza jurídica dos tratados internacionais sobre direitos humanos passa por uma revisão histórica.

Finalizando, e defendendo a tese de que só é cabível a prisão civil do devedor de alimentos, com o afastamento da possibilidade da prisão do depositário, enche-nos de esperança o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1, de São Paulo, que após passar por todas as questões aqui enfrentadas, defende a incompatibilidade da prisão civil do depositário infiel com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos.

Podemos confiar nossa esperança à última frase do Ministro em seu voto-vogal:

“Tenho certeza de que o espírito desta Corte, hoje, mais do que nunca, está preparado para essa atualização jurisprudencial.”

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. ***Prisão Civil por Dívidas***. São Paulo: RT, 2000.

BRASIL. Constituição da República (1988). **Vademecum Saraiva**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAHALI, Yussef Said. ***Dos alimentos***. 4. ed. atual. e ampl. com o novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, ***A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos***. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. ***Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional***, Brasília, nº 113-118, 1998

CANOTILHO, J.J. Gomes. ***Direito Constitucional e teoria da Constituição***. Coimbra: Livr. Almedina, 1988.

Código Civil anotado. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DINIZ, Maria Helena. ***Curso de direito civil brasileiro***. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. IV.

_____. ***Tratado teórico e pratico dos contratos***. São Paulo: Saraiva, 1996, vol. III.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ***Prisão Civil por Alimentos e a Questão da Atualidade da Dívida à Luz da Técnica da Ponderação de Interesses (Uma Leitura Constitucional da Súmula nº 309 do STJ): o Tempo é o Senhor da Razão***. Revista Brasileira de Direito de Família. Belo Horizonte, nº 35, abr-mai, 2006.

GOMES, Orlando. ***Contratos***. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. ***Direito de Família***. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 6 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1979.

_____. **O §2º do art. 5º da Constituição Federal**. In: Torres, Ricardo Logo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: obrigações**. São Paulo: Saraiva, 1976.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A ação de depósito e o pedido de prisão**. Revista de Processo 36/11, 1984.

PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte – Staatsrecht II.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 7 ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Prisão Civil e os direitos humanos**, São Paulo, RT 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**, 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v. 6.